

Der biologische Essentialismus hinter „lediglich empfundener Intersexualität“

Jens T. Theilen

2020-05-24T15:41:55

Das Recht lebt von Kategorisierungen. Kategorisierungen wiederum implizieren Begrenzungen, sogar [gewaltsame](#) Begrenzungen. Der [aktuelle Beschluss des Bundesgerichtshofs](#) zur „lediglich empfundenen Intersexualität“ bringt dies besonders deutlich zum Vorschein: Die scheinbar rechtstechnische Frage nach der anwendbaren Norm für die Änderung oder Löschung eines personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrags entpuppt sich als zutiefst politisch. An ihr kristallisieren sich grundlegende Fragen zu Geschlechterverständnissen, zu Körperlichkeit, und zu Selbst- und Fremdbestimmung.

Die Auslegungsfrage und ihre verfassungsrechtlichen Bezüge

Zunächst ein wenig Kontext (ausführlicher [hier](#)). Im [viel diskutierten](#) Beschluss zur „Dritten Option“ aus dem Jahr 2017 hat das Bundesverfassungsgericht unter anderem [festgestellt](#), dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) auch die geschlechtliche Identität von Personen schützt, „deren Geschlechtsentwicklung gegenüber einer weiblichen oder männlichen Geschlechtsentwicklung Varianten aufweist und die sich selbst dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen“. Es müsse daher, sofern die Angabe des Geschlechts im Personenstandsrecht beibehalten werden solle, ein „positiver Geschlechtseintrag“ jenseits der Kategorien „männlich“ und „weiblich“ geschaffen werden.

Der Gesetzgeber reagierte spät und äußerst minimalistisch, obwohl mehrere [Vorlagen](#) und [holistischere Gegenansätze](#) existierten. Nach § 22 III PStG kann nun bei Geburt eines Kindes, das „weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden“ kann, auf eine Geschlechtsangabe verzichtet werden oder die Angabe „divers“ eingetragen werden. Durch den neu eingefügten § 45b PStG wird die Möglichkeit für „*Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung*“ geschaffen, auch nachträglich durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung (oder ausnahmsweise durch Versicherung an Eides statt) das personenstandsrechtliche Geschlecht zu ersetzen oder zu streichen.

Eine der Fragen, die sich im Lichte dieser Gesetzesreform stellen, betrifft die Auslegung der Formulierung „Personen mit Varianten Geschlechtsentwicklung“: Daran entscheidet sich, wer von der neuen Regelung Gebrauch machen und über § 45b PStG den personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag ändern oder löschen lassen kann. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts wird ganz überwiegend so verstanden, dass er das selbstidentifizierte Geschlecht in den Mittelpunkt stellt

(z.B. [hier](#), [hier](#), [hier](#) und [hier](#)). In Anknüpfung daran wird vielfach argumentiert, dass § 45b PStG [verfassungskonform](#) bzw. [verfassungsakzessorisch](#) ausgelegt werden müsse: Der Begriff „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ wäre dann ebenfalls mit Blick auf selbst bestimmte Geschlechtsidentität, nicht unter Bezug auf somatische Zustände zu bestimmen.

Der Beschluss des Bundesgerichtshofs

Anders jetzt der [Bundesgerichtshof](#). Unter Berufung auf die klassischen Auslegungsmethoden kommt er zu dem Schluss, dass § 45b PStG an „das Fehlen einer eindeutig weiblichen oder männlichen *körperlichen* Geschlechtszuordnung“ anknüpft (Rz. 18, meine Hervorhebung). Fälle der „nur empfundenen Abweichung des eigenen vom eingetragenen Geschlecht“ sollen somit gerade nicht umfasst sein (Rz. 23). Auf Basis dieses Ansatzes können Personen, denen – wie der antragstellenden Person – körperlich das männliche oder weibliche Geschlecht zugeschrieben wird, nicht über § 45b PStG die Streichung ihrer Geschlechtsangabe oder die Eintragung „divers“ erreichen.

Die Verfassungswidrigkeit dieser Konsequenz versucht der Bundesgerichtshof zu umgehen, indem er eine Analogie zum sog. „Transsexuellengesetz“ bildet. Nach § 8 TSG kann durch ein Gerichtsverfahren nach Vorlage von zwei Gutachten von „Sachverständigen“ (§ 4 III TSG) eine Änderung des Geschlechtseintrags erwirkt werden. Die binär-geschlechtliche Formulierung von § 8 TSG wird durch die Analogie überwunden – dem Gerichtshof zufolge eine sachgerechte Lösung, da es darum geht, „dass die von einer Person empfundene Geschlechtsidentität nicht mit ihrem biologischen Geschlecht übereinstimmt“ (Rz. 40).

Eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung dadurch, dass „Personen mit lediglich empfundener Intersexualität demnach auf ein Vorgehen nach dem Transsexuellengesetz verwiesen“ werden (Rz. 41), sieht der Bundesgerichtshof nicht. Das Gutachtenerfordernis stelle ein zulässiges „objektiviertes“ Kriterium dar, um den Nachweis eines dauerhaften und existentiell bedeutungsvollen Geschlechtsempfindens zu führen. Der Unterschied zu Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung – im somatischen Verständnis des Gerichtshofs – sei durch „gänzlich unterschiedliche Ausgangspositionen“ aufgrund der körperlichen Unterschiede gerechtfertigt (Rz. 48).

Geschlecht und Körperlichkeit

Es gibt viel zu kritisieren am Beschluss des Bundesgerichtshofs, doch gerade dieser letzte Aspekt springt mir besonders ins Auge. Worin genau sollen die „gänzlich unterschiedlichen Ausgangspositionen“ liegen?

Für § 45b PStG scheint der Bundesgerichtshof den Fall vor Augen zu haben, dass eine Person, der körperlich weder das weibliche noch das männliche Geschlecht zugeschrieben wird, ihren Geschlechtseintrag zu „divers“ ändern oder streichen lassen möchte. Der umgekehrte Fall, dass also z.B. eine intergeschlechtliche Person

[die Eintragung als männlich oder weiblich anstrebt](#), wird schlicht ausgeblendet. § 45b PStG würde dann nicht nur der Anpassung der personenstandsrechtlichen Angabe an die Geschlechtsidentität dienen, sondern auch und gerade der *Anpassung an somatische Zustände*. Das Verfahren nach § 8 TSG hingegen soll Fälle betreffen, in denen die Geschlechtsidentität „ausnahmsweise“ (Rz. 48) vom anhand des Körpers zugeschriebenen Geschlecht abweicht: Deswegen seien an den Nachweis der abweichenden Geschlechtsentwicklung erhöhte Anforderungen zu stellen.

Diese Zweiteilung des Bundesgerichtshofs offenbart ein äußerst konservatives Verständnis von Geschlecht. Die Ratio der Anpassung an somatische Zustände beruht auf einer Überbetonung der Körperlichkeit im Sinne eines biologischen [Essentialismus](#), wie er in weitreichenderer und aggressiverer Form beispielsweise auch von [anti-trans* Aktionismus in Großbritannien](#) und der breiteren (auch [in Deutschland](#) vertretenen) „gender-ideology“-Bewegung bekannt ist. Denn anhand des Körpers wird differenziert, ob die Geschlechtsidentität sich auf eine für den Bundesgerichtshof verständliche Weise entwickelt oder als „Ausnahme“ in das [Sonderrecht für Transsexuelle](#) abgedrängt werden muss.

Schon der Begriff der „lediglich empfundenen Intersexualität“, den der Bundesgerichtshof wiederholt benutzt, bringt dieses Verständnis auf bizarre Weise zum Ausdruck. Gemeint sind wohl nicht-binäre Personen, denen körperlich aber das männliche oder weibliche Geschlecht zugeschrieben wird. Dass die nicht-binäre Geschlechtsidentität über den [primär körperlich konnotierten](#) Begriff der Intersexualität beschrieben und dann im Vergleich dazu abgewertet wird („lediglich“), offenbart die Prioritäten des Gerichtshofs.

Solche biologisch-essentialistische Ansätze blenden aus, dass (auch) somatische Verständnisse von Geschlecht keineswegs naturgegeben sind, sondern [medizinisch und gesellschaftlich](#) erst [performativ konstruiert werden](#). Dennoch sind sie leider nach wie vor weit verbreitet. Der Bezug zu einer vermeintlich eindeutigen Körperlichkeit scheint vielen cis-Personen eine Form von Objektivität und Sicherheit zu bieten; der Einklang der so zugeschriebenen Körperlichkeit mit der Geschlechtsidentität wird dann als harmonisch, kohärent und letztlich „natürlich“ empfunden.

Trans* Personen werden demgegenüber als [gefährliche Anomalie](#) konstruiert, die durch Gutachtenerfordernisse und ähnliches eingehegt werden muss, um – wie der Bundesgerichtshof es jetzt formuliert – „einen beliebigen Personenstandswechsel auszuschließen“ (Rz. 48). Dabei bleibt durch den schwammigen Bezug auf Abstracta wie „[staatliche Ordnungsinteressen](#)“ oder „die Zuweisung von Rechten und Pflichten“ (Rz. 43) im Unklaren, weshalb solche Wechsel überhaupt ein Problem darstellen würden: Die reine Möglichkeit reicht als Bedrohungsszenario aus. Es zeigt sich hier paradigmatisch das von Sven Lehmann schon im Gesetzgebungsverfahren zu § 45b PStG zu Recht kritisierte [Misstrauen](#) gegenüber trans* Personen.

Der Beschluss im Kontext eines cisnormativen Rechtssystems

Dass der Bundesgerichtshof auch ein anderes Geschlechtsverständnis zugrunde legen und zugunsten der antragstellenden Person hätte entscheiden können, zeigen beispielsweise ein [ausführliches Rechtsgutachten](#) von Anna Katharina Mangold, Maya Markwald und Cara Röhner sowie einige [unterinstanzliche Gerichtsentscheidungen](#). Allerdings würde eine Kritik, die ausschließlich am konkreten Beschluss des Bundesgerichtshofs ansetzt, zu kurz greifen; vielmehr muss der Beschluss im Kontext eines insgesamt cisnormativ geprägten Rechtssystems verortet werden.

Dazu gehört auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Der Fokus liegt dort weniger auf der Körperlichkeit, sondern wesentlich deutlicher als beim Bundesgerichtshof auf der Geschlechtsidentität. Es ist daher gut möglich, dass das Bundesverfassungsgericht einer etwaigen Verfassungsbeschwerde in diesem Fall, insbesondere [unter dem Blickwinkel von Art. 3 III 1 GG](#), stattgeben wird.

Allerdings finden sich auch Kontinuitätslinien zwischen dem beiden Gerichten. Der Bundesgerichtshof sieht das Erfordernis der Gutachten nach § 4 III TSG als verfassungsgemäß an und kann sich dabei auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts berufen ([obiter dictum](#) schon 2011; [bestätigt 2017](#), genau eine Woche nach dem Beschluss zur „Dritten Option“). Diese lässt die Gutachten als „prozessrechtliches Mittel des objektiven Nachweises der rechtlichen Voraussetzungen des Geschlechtswechsels“ zu: Auch hier wieder das Ringen um eine vermeintliche Objektivität. Das Bundesverfassungsgericht verortet die ersehnte Objektivität zwar nicht primär im Körper, hält ein Selbstzeugnis von trans* Personen aber offenbar ebenfalls nicht für hinreichend, sondern billigt die [Abhängigkeit von „Sachverständigen“](#).

Jenseits der Objektivität

Der biologische Essentialismus des Bundesgerichtshofs stellt also ein besonders deutliches Beispiel für den Kategorisierungsdrang des Personenstandsrechts anhand einer vermeintlichen Objektivität dar; ein Sonderfall ist er aber nicht. Ein grundsätzliches Umdenken, weg von Regulierung, [Pathologisierung](#) und Fremdbestimmung, muss daher erst noch erstritten werden. Jedenfalls solange Geschlecht als eine anhand „objektiver“ oder „objektivierter“ Nachweise belegbare und nach cisnormativen Maßstäben verständliche Tatsache aufgefasst wird, kann der Kategorisierungsdrang des Personenstandsrechts nicht überwunden werden.

